ما جرى به العمل
نموذج من تراثنا القضائي

الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري

ماجرى به العمل
نموذج من تراثنا
القضائي

الدرس الديني
الذي ألقاه بحضرة أمير المومنين
صاحب الجلالة الملك الحسن الثاني
نصره الله وأيده.
الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري
وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية
في شهر رمضان الأبرك
يوم الجمعة 5 رمضان عام 1416هـ
الموافق 26 يناير سنة 1996م
برحاب القصر الملكي العامر بالرباط.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

"من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"

(رواه الشيخان)

الفهرس

- مُقدمة في تكليف الإنسان بإقامةِ العَدل.
- (ماجرى به العمل) نموذج من تراثنا القضائي، وشرحُ قوله ﷺ "مَن عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ".
- التعريف بالعمَل.
- خطورة القول بالعمَل، واهتمام العلماء به.
- أُمثلة تطبيقية لما جرى به العمَل
أ- شهادة اللفيف
ب- العقوبة بالمال
- عمل أهل المدينة أصل فيما جَرى به العَمَل.
- عمل القُضاة بعمل أسلافهم إذا كان هو المُستمرّ الأكثر.
- رفض العلماء بادئ الأمر لما جرى به العمَل
- شروط العمَل.
- معظم ما جَرى به العمَل يتأسس على العُرف.
- ثمرة البحث في موضوع العمَل.

مُقَدِّمَةٌ
في تكليف الإنسان بإقامة العدل

مقدمة
في تكليف الإنسان بإقامة العدل

انطلاقاً من قول النبي ﷺ : «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» (رواه الشيخان)

الحمد لله المبدئ المعيد، الفعال لما يريد؛ والصلاة والسلام على مولانا رسول الله وآله وصحبه، صلاة تخرجنا بها من ظلمات الوهم، وتكرمنا بنور الفهم، وتبين لنا ما أشكل حتى يفهم، إنك تعلم ولا نعلم، وأنت علام الغيوب. ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

إن أصدق الحديث كتاب الله تعالى، وخير الهدي هدي سيدنا محمد ﷺ، وشر الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة في النار.

مولاي أمير المومنين، وحامي حمى الوطن والدين، السلام على مقامكم الشريف، ومجلسكم المنيف.

وبعد، ففي هذا الشهر المبارك الذي قال فيه الله عز وجل: **﴿شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن هدى للناس وبينات من**

الهدى والفرقان﴾ مازالت تغمرنا أنوار الذكرى العشرين للمسيرة الخضراء المظفرة، وتملأ السمع أصداءها والنفس أمجادها، والعين أنوارها، ويتيه كل مغربي بل كل مسلم بما حقق الله بها من آمال وأحلام، ووصل بها من وشائج وأرحام، وأطفأ بها من فتن وضلالات وأوهام، مسيرة شعارها القرآن مصحفا مطهرا يبين فلسفتها، ويرسم أبعادها، ويحدد أغراضها، يحمله المشاركون فيها بأيديهم، ويرفعونه فوق هاماتهم، فيتولى ببلاغته وبيانه الإعراب عما في نفوسهم وضمائرهم بما لايستطيعون بيانه، ويقوم بإعجازه بالإتيان بالحجة والبرهان على عدالة قضيتهم، وشرف قصدهم بما لايملكون حجته وبرهانه، والصحراء المغربية، تهتز وهي تردد تلك الأصوات القدسية المنبعثة من تلك المواكب الربانية، وكأن الأرض وما يمشي عليها، والسماء وما يعرج فيها تقرأ في تلك اللحظة بصوت واحد: **﴿إن الذين يبايعونك إنما يبايعون الله، يد الله فوق أيديهم، فمن نكث فإنما ينكث على نفسه، ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسنوتيه أجرا عظيما﴾**. صدق الله العظيم.

كانت مسيرتك الخضراء معجزة
قد حيرت من ذوي الألباب ألبابا
تلك المسيرة صارت في الورى مثلا
وسوف تخلد أحقابا وأحقابا
قد انحنى الدهر إجلالا لمبدعها
وهلل الكون إكبارا وإعجابا

مولاي أمير المومنين، إن الإسلام الذي رجع بالإنسان إلى أصله، خليفة لله في أرضه، وحاملا للأمانة من بين سائر خلقه، جعل من بين المهام الموكولة إليه، والأعباء الملقاة عليه : إقامة العدل، ومقاومة الظلم، قال الله تعالى : **﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى، وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي، يعظكم لعلكم تذكرون﴾**.

وقال تعالى : **﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل، إن الله نعما يعظكم به، إن الله كان سميعا بصيرا﴾**.

وقد أقام الإسلام آلية قوية لضمان العدل في البلاد، وحماية حقوق الله وحقوق العباد، وأعاد بناء مؤسسة القضاء الذي تولى منصبه رسول الله ﷺ بنفسه أول الأمر، ثم عين من ينوب عنه في الأطراف، عندما اتسعت رقعة الإسلام، وامتد نوره.

وما من دولة من دول الإسلام إلا أحاطت هذه المؤسسة بكامل عنايتها، ووافر رعايتها، ونشأ للقضاء فقه خاص، يتناول شروطه، وما يحكم به القاضي، ومسطرة التقاضي، بل نشأ فقه خاص يعرف ويسمى بآداب القضاء، يبين هيئة القاضي، ومجلسه، وترتيب معاونيه، وغير ذلك. واهتمت دول الإسلام بالقاضي وبالقضاء اهتماما بالغا، مازال مسطرا في كتب التاريخ بحروف من ذهب، وأنتم يامولاي ضربتم في ذلك بالسهم الوافر، وقدمتم لهذه المؤسسة الدعم الخفي والظاهر، فأعدتم بناء التنظيم

القضائي على أسس متينة، وراجعتم القوانين بالإصلاح والتقويم، وأفضتم على رجال القضاء من عطفكم الشريف، وحدبكم المنيف ماهم أهله، وجديرون به.

وإذا كان من الواجب شكر النعم والتحدث بها، فإن مما يدخل في هذا الواجب، العمل بما يؤدي إلى دوام النعم وشمولها، وإن مما يندرج في هذا المعنى أن يهتم رجال العلم والفكر بأمر القضاء، وأن يبحثوا في تراثنا على ما يقويه ويرقى به ويحييه.

مَاجَرَىٰ بِهِ العَمَلُ

نموذج مِن تراثنـا القضـائي

وشرحُ قوله ﷺ :

"من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ "

ما جرى به العمل
نموذجا من تراثنا القضائي
وشرح قوله ﷺ
«من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»

وقد اخترت يامولاي موضوعا لهذا الدرس الذي أشرف بإلقائه بين يدي جلالتكم : نموذج من تراثنا القضائي يبين عبقرية قضاتنا، وحيوية فكرهم، وسخاء جهودهم، وكيف استطاعوا أن يطوعوا القضاء تطويعا جعله يستجيب لمقاصد الشرع، من تحقيق المصالح، ودرء المفاسد، ورفع الحرج؛ وهذا الموضوع هو : «ما جرى به العمل».

انطلاقا من قول جدكم ﷺ : «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد».

وسأحاول بإذن الله وحسن عونه وتوفيقه أن أتحدث باختصار عن سند هذا الحديث ومتنه، وعن مفهوم ماجرى به العمل، وعن أمثلة تطبيقية تبين معناه، ومجاله وفائدته؛ ثم أبين ارتباطه بعمل أهل المدينة، وأصول المذهب المالكي، وموقف

العلماء منه؛ وأبين شروطه، وأختم ببيان ثمرة البحث في هذا الموضوع، وبالله التوفيق.

روى الإمام مسلم بن الحجاج رحمه الله تعالى ورضي عنه، في باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، من كتاب الأقضية من صحيحه، قال : حدثنا إسحاق ابن إبراهيم وعبد بن حميد جميعا عن أبي عامر، قال عبد، حدثنا عبد الملك بن عمرو، حدثنا عبد الله بن جعفر الزهري، قال : حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال : سألت القاسم بن محمد عن رجل له ثلاثة مساكن؛ أوصى بالثلث في كل مسكن منها. قال قاسم : يجمع ذلك كله في مسكن واحد، أخبرتني عائشة رضي الله عنها، أن النبي ﷺ : «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد».

وأخرجه الإمام البخاري رحمه الله تعالى ورضي عنه في كتابه الاعتصام بالكتاب والسنة من صحيحه، قال : باب إذا اجتهد الحاكم أو العامل فأخطأ خلاف الرسول من غير علم فحكمه مردود؛ قال الرسول ﷺ : «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد». وأخرجه البخاري أيضا في كتاب البيوع من صحيحه، قال : باب النجش، ومن قال إنه لايصح، وقول ابن أبي أوفى : الناجش آكل ربا خائن، وهو خادع باطل لايحل؛ قال الرسول ﷺ : «الخديعة في النار، ومن عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد».

والنجش المذكور في هذا الحديث هو أن يزيد أحد في السلعة وليس في نفسه شراؤها، يريد أن ينفع البائع، ويضر المشتري؛

يزيد في السلعة وهو لايريد شراءها، إنما يزيد فيها ليضر المشتري، وينفع البائع؛ هذا محرم.

وهذا الحديث : «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» هو من نفس مشكاة الحديث الصحيح المشهور : «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد». وكلاهما مروي عن مولاتنا عائشة رضي الله عنها. والرد هنا في هذا الحديث بمعنى المردود من باب إطلاق المصدر على اسم المفعول، مثل : خلق أي : مخلوق، ونسخ أي: منسوخ. قال علماء الحديث : وهذا الحديث : «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» من قواعد الشريعة، ومن جوامع كلمه ﷺ. وهو صريح في رد البدع والمخترعات وإبطال الأمور المحدثة. وحكى ابن حجر العسقلاني في الفتح القول بأن هذا الحديث يصلح أن يوصف بأنه نصف أدلة الشرع، هذا ما يتعلق بهذا الحديث.

وإذا كان هذا الحديث تضمن من الهدي ما يعتبر محجة بيضاء، ينجو من يتمسك بها، فإنه بالنسبة للقضاة يعتبر بمثابة الحبل المتين الذي من تمسك به نجا، ومن تركه هلك؛ لاسيما إذا كان القاضي مجتهدا، وذلك لقول النبي ﷺ لمعاذ بن جبل عندما أراد أن يرسله إلى اليمن : «كيف تقضي إذا عرض لك القضاء ؟ قال له : أقضي بكتاب الله. «قال فإن لم تجد» قال فبسنة رسول الله ﷺ. «قال فإن لم تجد ؟» قال: أجتهد رأيي ولا آلو. فضرب رسول الله ﷺ صدر معاذ وقال : «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضي رسول الله».

التَّعْرِيفُ بِالعَمَلِ

التعريف بالعمل

والقاضي إذا نظر في الأحكام فإنه لابد أن يميز بين ما هو مجمع عليه من الأحكام، وهذا النوع لايسع القاضي إلا أن يتمسك به ويتبعه، ويعمل على وفقه لايخالفه، ولا يخرج عنه بحال، وبين المختلف فيه.

المجمع عليه يتبعه ولا يخالفه بحال، والمختلف فيه (وهو كل مسألة تعددت فيها الأقوال، واختلفت)، لايسع القاضي إلا أن يسير مع الراجح والمشهور، ولا يتركهما إلى القول الضعيف، وإلا أوشك عمله أن يخالف الأمر المذكور في هذا الحديث : «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد». وهذا ما كان عليه السلف الصالح من قضاة أمتنا إلى اليوم.

ولكن القاضي إذا عرضت له قضايا ونوازل ينتج عن الحكم فيها بالمشهور والراجح مفسدة، أو تحدث مضرة أو تضيع مصلحة، أو يأتي الحكم مخالفا لعرف صار في الناس، أو مخالفا لعادة جرت عليها تصرفاتهم. ولا يخرج القاضي من هذا المحظور إلا بالوقوع في المحظور الذي نبهنا عليه وهو ترك المشهور والراجح، والقول بالضعيف.

هنا إذا عرضت للقاضي هذه المسألة لايخلو الأمر إما أن يكون القاضي من أهل الترجيح وأهل العلم والنظر، ومن ذوي الكفاءة التي تؤهله للنظر والاختيار بين الأقوال المتعارضة، وإما أن يكون قاضيا مقلدا لاقدرة له على الترجيح، ولا على الاختيار بين الأقوال المتعارضة.

إذا كان من أهل الترجيح ومن لهم الكفاءة على الاختيار بين الأقوال المتعارضة، واختار للخروج من الإشكال الذي وقع فيه أن يعمل بالقول الضعيف، ويترك القول المشهور الراجح، فلا يخلو الأمر؛ إما أن يرفض القضاة متابعته على هذا الحكم، ويبقى حكمه حكما فردياً لاعبرة به، وإما أن يختاروا متابعته على هذا الحكم، فيتواردون على نفس الاجتهاد الذي قام به، وعلى ترك المشهور والراجح، والأخذ بالقول الضعيف، وهنا ينشأ ما يمسى بالعمل، وما جرى به العمل؛ لأن ماجرى به العمل، هو: أن يحكم القضاة في نازلة من النوازل مقلدين لقول ضعيف مخالفين للمشهور أو الراجح لأمر اقتضاه، مع استقرار القضاء عليه، وعمل القضاة به.

إذن، القاضي عندما يختار القول الضعيف، ويترك المشهور والراجح إذا تبعه القضاة في ذلك، نشأ ما يسمى بالعمل؛ وإذا لم يتبعه القضاة في ذلك لم ينشإ العمل، وبقي الحكم حكما فرديا لا أقل ولا أكثر.

إن تعدد النوازل وتنوعها وتداخل المصالح وتشعبها، وما يحدثه الناس من أمور تقتضي أقضية جديدة وإحداث أقضية

جديدة لها. كما قال سيدنا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه : «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»؛ كل ذلك يفرض على القاضي أن يبحث في التراث الفقهي على ما يستند عليه في حل المعضلة التي بين يديه، فإذا لم يسعفه الراجح أو المشهور بحث حتى في الأقوال الضعيفة. والمهم عنده هو أن تبقى أحكامه داخل إطار الشريعة لاتخرج عليها، إذا تبعه القضاة على ذلك، كنا أمام ما يسمى بالعمل أو بالعمليات الفقهية، أو أمام ما يسمى بما جرى به العمل.

خطورة القول بالعمل واهتمام العلماء به

خطورة القول بالعمل
واهتمام العلماء به

حقا إن هذا الباب خطير، ويعتبر تحولا كبيرا في القضاء، ومع ذلك فإن قضاتنا أقدموا عليه بشجاعة وجرأة، واستطاعوا بواسطته أن يحلوا العديد من الأقضية والنوازل الشائكة التي كانت توجههم.

ونشأ ما يسمى بالعمل المطلق، ثم نشأ ما يسمى بالعمل المقيد، مثل العمل الفاسي، والعمل الرباطي، والعمل المراكشي، والعمل السوسي وغيره؛ وهي اجتهادات قضائية لها طابع محلي، وتتسم بمتابعة قضاة الجهة أو البلد لأحد القضاة السابقين بما يعرف بالسوابق القضائية في البت في نازلة معينة على نحو معين، يترك المشهور، والراجح ويأخذ بالضعيف.

وقد اهتم العلماء بهذا الفن، فخصص له الزقاق فصلا في لاميته، وألف أبو العباس أحمد بن القاضي فيه كتاب: (نيل الأمل فيما به بين الأئمة جرى العمل). وألف الشيخ عبد الله بن إبراهيم العلوي، كتاب: (طرد الضوال والهمل عن الكروع في حياض مسائل العمل). ونظم فيه الشيخ سيدي عبد الرحمن الفاسي

منظومة في العمل الفاسي، والشيخ أبو زيد عبد الرحمن الجشتيمي منظومة في العمل السوسي، وألف فيه صديقنا المرحوم بكرم الله الأستاذ عمر الجيدي أطروحة بعنوان : «العرف والعمل في المذهب المالكي» قدمها لدار الحديث الحسنية التي تشرف برعايتكم وعطفكم وحدبكم يامولاي.

واستقر علماؤنا على ما جرى به العمل وأفتوا بوجوب مراعاته والتزام القضاة به، وأن القاضي لايجوز له مخالفة ماجرى به العمل والرجوع إلى المشهور، والراجح إذا كان قضاة البلد قد جرى عملهم في مسألة معينة بحكم معين، قالوا :

وما به العمل دون المشهور   مقدم في الأخذ غير مهجور

أَمْثِلَةٌ تَطْبِيقِيَّةٌ لِمَا جَرَى بِهِ العَمَل

أ. شهادة اللفيف

ب. العقوبة بالمال

أمثلة تطبيقية لما جرى به العمل

أ . شهادة اللفيف

ب. العقوبة بالمال

وسأحاول - يامولاي - أن أعطي أمثلة تطبيقية توضح ما جرى به العمل بصورة أكثر؛ وأول مثال يتعلق بشهادة اللفيف، ومعلوم أن الشهادة هي إخبار الشاهد بأمر شاهده أو بلغ إلى علمه، والإجماع على أن الشهادة لايقوم بها إلا العدول، لقول الله تعالى: ﴿**وأشهدوا ذوي عدل منكم**﴾، وقوله تعالى : ﴿**ممن ترضون من الشهداء**﴾، ولكن وجود العدول لايتفق دائما؛ فقد تحدث للناس قضايا ومشاكل لايتأتى حضور العدول فيها وقت الإشهاد، ويضطرون إلى طلب الشهادة ممن اتفق حضورهم من الناس، ولو من العامة.

العلماء أفتوا بأن شهادة غير العدول لاتجوز مطلقا، وكان قاضي قرطبة أبو عبد الله بن الحاج رد ورفض شهادة خمسين رجلا من عامة الناس، متمسكا بالمشهور، وهو أن شهادة العوام لاتجوز، كما أن قاضي فاس أبو الحسن الصغير سئل عن شهادة اللفيف، وقال: إنها لا أصل لها، ولا مستند لها، واقتصارهم على

اثني عشر رجلا في اللفيف لايجوز. وحكى الفقيه سيدي العربي الفاسي أن الأشياخ الكبار من القضاة والعلماء كلهم على رد شهادة العامة بلغت ما بلغت في العدد.

ولو سرنا على هذا النحو، لما وقع بيع ولا شراء، ولا تعامل بين الناس إلا إذا حضر العدول، والعدول لايحضرون على الدوام في الوقت المطلوب، ولتضرر الناس ضررا كبيرا، ولضاعت حقوق، ووقعت مفسدة كبيرة، لذلك رجع العلماء عن هذا القول المشهور، وأفتوا بجواز شهادة اللفيف، وأخذوا بها حتى في باب النكاح وثبوت الزوجية، كما أنهم أفتوا أن السارق يؤخذ بشهادة من رآه من النساء والصبيان والرعاة وكل من اتفق لهم رؤيته؛ كما أنهم قالوا بأنه في الأمور التي تقع في الأماكن التي يبعد أو يستحيل فيها حضور العدول، كالملاهي مثلا، يؤخذ فيها بشهادة بعض الحاضرين على بعض بدون مراعاة عدالة أو غيرها.

وهكذا رجع العلماء عن القول المشهور الراجح، وعملوا بالقول الضعيف وهو شهادة العامة؛ واستمر العمل على ذلك في القضاء، وأصبحت شهادة اللفيف أو شهادة العامة، مما جرى به العمل.

المثال الثاني : العقوبة بالمال، فمن المعلوم أن الله تبارك وتعالى شرع العقوبات لحفظ النظام، وحفظ أرواح الناس ومصالحهم وحقوقهم، وجعل من الأمانة الملقاة على ولاة الأمور حماية حقوق الناس وأرواحهم، وأموالهم وأنفسهم وأعراضهم؛ ولا يتأتى ذلك إلا بالعقوبات التي هي زاجرة وجابرة؛ زاجرة

لأنها تزجر المجرمين عن العودة إلى أعمالهم الشنيعة، وتزجر غيرهم عن الاقتداء بهم في تلك الأعمال؛ كما أنها تجبر خطاياهم إذا اقترنت بالتوبة الصالحة الخالصة، وتنجيهم من تجديد العقوبة عليهم بما أجرموا في الآخرة.

والأصل في العقوبة أن تكون بدنية، كالقتل قصاصا والرجم، وقطع يد السارق، والجلد حدا؛ ولكن هذه العقوبات البدنية لايمكن أن تتم إلا مع قيام الدولة وبسط سلطانها. أما إذا كانت الدولة عاجزة، أو كانت غير قائمة بالمرة؛ فإنه لايتأتى القيام بفرض العقوبات البدنية، وتبقى البلاد سائبة كما وقع في عدد من فترات التاريخ؛ أو تكون الدولة قوية، وباسطة سلطانها على أنحاء البلد، ولكن لايتأتى إقامة العقوبات البدنية لأسباب ولضرورات، منها: أسباب اقتصادية واجتماعية، يكثر معها مثلا اللصوص، ويتعذر قطع أيديهم، أو يكثر المخمرون ويتعذر جلدهم جميعا أو غير ذلك.

إذن إما أن تكون الدولة قائمة عاجزة، أو قائمة قوية، لكن يتعذر إقامة الحدود على وجهها الشرعي، أو غير قائمة بالمرة، إذا كانت الدولة غير قائمة بالمرة، أو قائمة ولكنها عاجزة فنحن بين أمرين: إما أن تترك العقوبات، فتترك الجرائم بدون عقاب وهذا فيه مفسدة عظيمة، وإما أن يقوم بالعقاب من له مطلق سلطة وهو القبيلة على أفرادها، والجماعة على أبنائها؛ وهذه الجهة لايمكنها أن تقوم بالحدود الشرعية، وهي العقوبات البدنية، لأن العقوبات البدنية لايقوم بها إلا السلطان، أو من ينوب عنه من

قاض أو غيره. أما في هذه الحالة فتقوم تلك القبائل والجماعات بعقوبات ليست بدنية، وإنما هي عقوبات مالية، تقوم مقام العقوبات البدنية في انتظار أن ترجع الأحوال والمياه إلى مجاريها ولا تبقى الأمور عارية عن العقوبة، وقد وقع هذا في عدد من فترات التاريخ، وما زالت الكتب تحتفظ لنا مثلا بألواح جزولة، وهذه الألواح في المغرب بمنطقة سوس، تبين أنواع الجرائم، وأنواع العقوبات المالية المستخلصة منها، والجهة التي تستخلصها، والوجوه التي تصرف فيها وغير ذلك.

والعلماء متفقون على أنه في هذه الحالة: عدم قيام الدولة أو قيامها وعجزها، متفقون على جواز ترك العقوبة البدنية والانتقال إلى العقوبة المالية. أما في حال قيام الدولة وقوتها ولكن يقع تعذر إقامة العقوبات البدنية، فالعلماء اختلفوا؛ منهم من قال : إنه لايجوز الانتقال من العقوبة البدنية إلى العقوبة المالية بحال، ومنهم من قال بأنه تجوز، يجوز الانتقال من العقوبة البدنية إلى العقوبة المالية للضرورة، أو لمصلحة محققة، أو لأن الحدود الشرعية لايمكن إقامتها على وجهها الصحيح. وهذا القول الأخير هو الذي جرى به العمل في هذه المسألة. ويقول الشيخ محمد محمود العلوي وهو من علماء الصحراء، بأنه جرى العمل بالانتقال من العقوبة البدنية إلى العقوبة المالية مع قيام السلاطين إلى سنة اثنين وعشرين ومائة وألف، وارتفع الخلاف عن العمل بها.

وهكذا يتضح في هذا المثال كيف انتقلنا من القول المشهور الراجح، وهو وجوب الالتزام بالعقوبة البدنية، إلى القول الضعيف وهو الانتقال إلى العقوبات المالية، وكيف جرى العمل بذلك.

عَمَلُ أَهْلِ المَدِينَة
أَصْلٌ فيما جَرَى به العَمَل

عمل أهل المدينة
أصل فيما جرى به العمل

هذا وإننا إذا تأملنا نشأة العمل والمراحل التي مر منها، نجده يرجع إلى أصل عظيم من أصول المذهب المالكي، ودليل قوي من أدلته، منه نشأ وهو نبعه الصافي الذي نبع منه، وهو عمل أهل المدينة، عمل أهل المدينة كأصل من أصول المذهب المالكي هو الأصل فيما جرى به العمل. ومعلوم أن المدينة المنورة مكث فيها مولانا رسول الله ﷺ عشر سنين، وكان الصحابة رضوان الله عليهم يستمعون إلى التنزيل وهو ينزل غضا طريا، ويشاهدون تطبيقه في حياة الرسول ﷺ عمليا، ثم مات الرسول عليه السلام ولم يغيروا شيئا من ذلك، وأصبحت المدينة المنورة قاعدة للخلافة الراشدة، وفيها أكابر الصحابة، والخلفاء الراشدون يسألون الصحابة عن عمل الرسول ﷺ وعن تقريراته، ثم نشأ التابعون وساروا سيرة الصحابة رضوان الله عليهم، فكان مجتمع المدينة المنورة نموذجا من المجتمع الجديد الذي جاء به الإسلام، والذي عرضه كمثال يقتدى به بالنسبة للبشرية جمعاء، وهذا العمل عمل

أهل المدينة هو الذي جعل الإمام مالكا يعتبره أصلا من أصول مذهبه، ودليلا قويا من أدلته في الفقه، ويتمسك به، وهذا ظاهر في عدد من أقوال الإمام مالك رضي الله عنه؛ ومن ذلك رسالته التي أرسلها إلى الليث بن سعد، حيث يقول له فيها : وإنما الناس تبع لأهل المدينة، إذ رسول الله ﷺ بين أظهرهم، يامرهم فيطيعونه، ثم قام من بعده أتبع الناس له من أمته، ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون ذلك السبيل؛ فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهرا معمولا به، لم أر لأحد خلافه للذي في أيديهم من تلك الوراثة التي لايجوز لأحد انتحالها أو ادعاؤها.

وكان الإمام مالك يردد عبارة شيخه ربيعة الرأي. ألف عن ألف، خير من واحد عن واحد. وكان يقال لأبي الدرداء : بلغنا كذا كذا من الأحاديث، فيقول : وأنا أيضا قد سمعته، ولكن العمل كان على خلافه. وثبت عن إمامنا مالك رضي الله عنه، أنه كان يقول عن ابن شهاب الزهري: سمعت من ابن شهاب أحاديث كثيرة، ما حدثت بها قط. قيل لم ؟ قال : لأن العمل كان على خلافها.

قال الشاطبي في الموافقات، ومن هذا المكان يتطلع إلى قصد مالك رحمه الله في جعله العمل مقدما على الأحاديث، إذ كان إنما يراعي كل المراعاة العمل المستمر الأكثر، ويترك ما سواه، ولو كانت فيه أحاديث، وكان ممن أدرك التابعين وراقب أعمالهم، وكان العمل مستمرا في الصحابة رضوان الله عليهم، ولم يكن مستمرا فيهم، إلا وهو مستمر في عمل الرسول ﷺ أو في قوة المستمر.

قال الشاطبي : وقد بين في العتبية أصلا لهذا المعنى يجل موقعه، ذلك أن الإمام مالكا سئل عن الرجل يأتيه الخبر السار يفرحه ويعجبه ويسجد لله شكرا، قال الإمام مالك : لا يفعل. قيل له: إن أبا بكر الصديق سجد يوم اليمامة شكرا لله تعالى. هل سمعت ذلك؟ قال : ما سمعته؛ وما أرى إلا أنهم كذبوا على أبي بكر. ثم قال : قد فتح على النبي ﷺ، وعلى المسلمين من بعده، فهل سمعت أحدا منهم سجد ؟

قال الشاطبي رحمه الله : ومن هنا لم يسمع أهل السنة قول الرافضة أن النبي ﷺ أوصى لعلي كرم الله وجهه بخلافته، لأن العمل كان على خلافه، والصحابة لاتجتمع على ضلال.

عَمَلُ القُضَاةِ بِعَمَلِ أَسْلَافِهِمْ
إذا كان هو المستمر الأكثر

عمل القضاة بعمل أسلافهم
إذا كان هو المستمر الأكثر

وقد تطــورت نظـرة الفقهـاء إلى العمل، فكما أن الإمام مـالكاً رضي الله عنه كان ينظـر إلى العمـل الأكثـر والمستمـر، ويقدمـه على الأحاديـث، كذلــك رأى القـضاة والفقـهاء أن القـاضي عليه أن ينظر في عمـل سلـفه من القضـاة، فما كـان أكثـر ومستمـرا عمل بـه والتـزم بـه وقدمـه على المشـهور وعلى أدلـة أخــرى. والأصل في هذا العمل ظهر في الأنـدلس، فكانت قرطبـة مشـهورة بالعمل، وكان عمل قرطبة مهيمنـا على غرب العالم الإسلامي أيام عــزها وازدهـارها، ثم انتقــل هـذا النفــوذ وهذا الشـفـوف إلى فـاس، وظهــر العمل الفـاسي، وكـان له ظهـور في غـرب العـالم الإسلامي أيضا، ثـم بـدأت تظهر مدن أخـرى بالعمل، مثل العمل السوسي، والعمل الـمراكـشي، والعمـل التطـواني، والعمل الرباطي وغيــره من الأعمـال.

رَفضُ العلماءِ بادِئَ الأمرِ لِماجَرَىٰ بِهِ العَمَلُ

رفض العلماء بادئ الأمر لما جرى به العمل

إلا أن العلماء لم يرتاحوا كثيرا لهذا الاتجاه، واعتبروه مظهرا من مظاهر الضعف والتقهقر، وقالوا بأن الخروج عن المشهور وما جرى به العمل، والركون إلى الأقوال الضعيفة، لايكون إلا إذا ضعفت الأمة، وشق عليها التمسك بالمشهور، وما جرى به العمل، وأخذت تتمسك بالأعراف والعادات، وما إليها من الأمور المخففات، كما أن الأخذ بالعمل إذا كان سالما في وقت قوة الدولة، فإنه لايكون كذلك في وقت ضعفها، لأنه بضعف الدول يضعف العلماء، وإذا ضعف العلماء ضعف العمل، وأصبحنا أمام نوع من الأعمال فيها تحريف وتخريف. ولذلك جابهوا ماجرى به العمل وردوه، وقالوا بأنه عبارة عن ضلالات، ووصفوا بعض الناس العاملين به بأنهم عصاة، ومما أيدهم في هذا ظهور بعض الأنواع من العمل المنحرف في الواقع، مثل ماجرى به العمل مثلا بترك اللعان، مع أنه منصوص عليه في الكتاب والسنة؛ ومثل ماجرى به العمل من أعراف في بعض البوادي وعاداتها؛ الشيء الذي جعل بعض العلماء يفتون بأن تلك الأحكام المنزلة على القضايا الواقعة في تلك الجهات، لاتجوز إلا لأهل تلك الجهات، ولا تجوز لغيرهم.

شُرُوطُ العَمَلِ

شروط العمل

وهذا الملحظ الذي لاحظه العلماء هو ما جعلهم يشترطون شروطا دقيقة في حال قبول العمل، بحيث إذا قضى ونزل، وقبلنا بما جرى به العمل، وفتحنا له المجال فلابد أن تتوفر شروط. ومن هذه الشروط :

- أن يكون القاضي من أهل الترجيح، إذا لم يكن من أهل الاجتهاد وقد تقدمت الإشارة إليه.

- وأن يتابع القضاة المشهود لهم بالكفاءة والعلم، هذا القاضي على هذا الحكم، وقد تقدمت أيضا الإشارة إلى المتابعة.

- ومن هذه الشروط أن يدخل العمل ضمن القواعد الشرعية.

- ومنها أن لايكون ضعفه شديدا.

وأتناول الشرط الثالث والرابع فأقول : بأن اشتراط دخول العمل ضمن القواعد الشرعية يعني أن يكون العمل جاريا على أصول المذهب المالكي في الأخذ بالمصالح المرسلة، والاستحسان، وسد الذرائع، وغيرها؛ وأن يأخذ ويندرج فيما يعرف بالسياسة الشرعية وهي تلك الأحكام الخاصة بولي الأمر، أو بخليفة

المسلمين، والتي يصدرها إما من أجل حفظ النظام، وإما من أجل ما يسمى بالتراتيب الإدارية. إذا كان ما جرى به العمل داخلا في هذا الإطار، في إطار هذه القواعد فهو مقبول.

وهناك قواعد أخرى ينبغي أن يكون مندرجا بينها، منها قاعدة : درء المفاسد مقدم على جلب المصالح. ومنها : حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله. ومنها لاضرر ولا ضرار، ومنها : الضرر يزال، ومنها الأمر إذا ضاق اتسع، ومنها قاعدة : الحرج مرفوع، ومنها قاعدة : العبرة بمآل الأفعال، ومنها قاعدة : إنما الأعمال بالنيات، ومنها قاعدة : الأعراف محكمة، ومنها قاعدة : المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

مُعْظَمُ مَا جَرَى بِهِ العَمَلُ يَتَأَسَّسُ عَلَى العُرْفِ

معظم ما جرى به العمل
يتأسس على العرف

ومن المفيد أن أقف عند هذه القاعدة الأخيرة، وهي المتعلقة بالأعراف، لأقول بأن ما جرى به العمل في معظمه ينبني ويتأسس على العرف وعلى العادات وعلى التقاليد الجارية في البلد الذي يوجد فيه القاضي.

والعرف هو ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، والعادة هي غلبة معنى من المعاني على الناس. وكلاهما معتبر شرعا، وتوسع المالكية فيه، واعتبروا العرف والعادة أصلا من أصول المذهب المالكي. بل خصصوا به بعض الأدلة، كقوله تعالى : ﴿**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين، لمن أراد أن يتم الرضاعة**﴾ هذا حكم عام، كل الوالدات يجب عليهن أن يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة؛ قالوا إلا إذا كانت المرأة شريفة مرفهة فلا ترضع؛ بل على الزوج أن يكتري من ترضع له أولاده، فخصصوا هذه الآية بهذا العرف. ورجحوا بالعرف القول الضعيف والشاذ. قالوا :

ورجحوا بالعرف وهو أقوى   من سائر المرجحات أقوى

ونقل سيدي المهدي الوزاني أن العادة والعرف ركن من أركان الشريعة؛ واستحبوا في القاضي أن يكون بلديا، ليعرف أعراف البلد وعاداته وتقاليده، ويحكم وفقها، ولا يخالفها لأن الناس يشق عليهم الحكم بما يخالف أعرافهم وعاداتهم.

وإذا كان علماء السلف قد بوأوا العرف هذه المكانة ووفقوا بين الأعراف والنصوص، فإنه لا يجوز لقضاتنا أن يجمدوا على النصوص، نصوص القانون الوضعي، وأن يتجاهلوا تفسيرها وتأويلها، والتعرف على وجوهها، انطلاقا من الأعراف والعادات السائدة في البلد الذي هم فيه؛ وكان علماؤنا قد اعتبروا الجمود على النصوص ضلالا وإضلالا؛ قالوا :

وكل ما يبنى على العرف يدور
معه وجوداً عدماً دور البدور

فما اقتضته عادة تجددت
تعين الحكم بها إذا بدت

ولا أريد أن أطيل بالشرط الرابع وهو أن لا يكون مستند القول الذي جرى به العمل شديد الضعف.

ثَمَرَةُ البَحْثِ فِي مَوْضُوعِ العَمَلِ

ثمرة البحث في موضوع العمل

وأنتقل إلى بيان بعض الملاحظات التي يمكن أن تستخلص من البحث في ميدان العمل؛ منها :

أولا : أن العمل أعطى الدليل على أن الفقه الإسلامي مرن وحي عكس مايصفه به خصومه من أنه جامد وغير قابل للتطور، لأنه فقه يراعي العادات والأعراف، والتقاليد والظروف والأحوال، ويذهب بعيدا إلى حد الانتقال من القول المشهور إلى القول الضعيف، لضمان المصالح وتحقيقها.

وثانيا : أن من فوائد العمل أسلمة الأعراف، لأن عددا من الأعراف والتقاليد يهضمها العمل، ويدخلها في القضاء الشرعي، وتأخذ طابعا شرعيا.

الثالث : أن (ماجرى به العمل) هو باب من أبواب إغناء التشريع، بما يدخل فيه من أحكام، عن طريق ما يجد من أحداث، وعن طريق الاجتهادات التي يقوم بها القضاة في إيجاد الأحكام للنوازل الجديدة.

الرابع : أن العرف نظرا لموقفه الإيجابي من أعراف الناس وتقاليدهم، كان له دور كبير في تحبيب الشعوب والأجناس

والقبائل في الإسلام، لأنها وجدته لايتعارض مع أعرافها وتقاليدها، ووجدت فيه استعدادا كاملا للتلاءم مع تلك الأعراف والعادات والتقاليد، ولذلك تمسكت به، وقاومت كل تيار يريد إبعادها عنه.

الخامس : أن ماجرى به العمل يساعد على الفهم الصحيح للتشريع، لأن التشريع إذا فهم انطلاقا من السوابق القضائية ومن عمل القضاة الأولين في التطبيق سيكون فهمه أسلم.

الملاحظة السادسة : أن ماجرى به العمل هو اجتهاد قضائي متوفر على جميع الشروط.

الملاحظة السابعة : أنه دليل على أن باب الاجتهاد لم يغلق، عكس مايدعيه خصوم الإسلام.

الملاحظة الثامنة : أن ماجرى به العمل يؤدي إلى وحدة الأحكام، وذلك بالمتابعة والاستمرار.

الملاحظة التاسعة : أنه يؤدي إلى استقرار الناس على عوائدهم.

الملاحظة العاشرة : أنه يرشد إلى إمكانيات هائلة لإيجاد الحلول الناجعة للقضايا التي يظن الناس اليوم أن لها بابا واحدا، وأنه لايمكن أن يوجد لها حل إلا في إطار المشهور أو الراجح؛ بينما ماجرى به العمل يفتح الباب واسعا أمام الحلول الناجعة لعدد من القضايا.

نسأل الله تعالى أن يجعل أعمالنا مقبولة غير مردودة، وأن يجنبنا مواقع الزلل، ويرشدنا إلى صالح العمل؛ وأن يحفظ مولانا

الإمام، ويحرسه بعينه التي لاتنام، ويجعله في حرزه الذي لايرام، ممتعا بالصحة والسلامة الدائمة الباقية، والنصر والعز والتمكين، وأن يسعد هذا المغرب بدوام عهده، وأن يجعل أيامه أيام عز ونصر للإسلام والمسلمين، وازدهار لشعوب الإسلام، ولأمة الإسلام، وأن يقر عينه بولي عهده الأمير الجليل سيدي محمد، وصنوه السعيد الأمير مولاي رشيد، وسائر أفراد أسرته العلوية الشريفة، إنه على ما يشاء قدير، وبالإجابة جدير. والختم من مولانا أمير المومنين.

﴿إن الله وملائكته يصلون على النبيء، يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما﴾.

﴿سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين﴾.

noble famille alaouite. Que la volonté de Dieu soit faite en répondant à nos voeux.

A notre Seigneur le Commandeur des Croyants de conclure.

«Dieu et Ses anges prient sur le Prophète. Vous qui croyez, priez aussi sur lui, formulez sur lui un salut plénier».

"Ô transcendance de ton Seigneur, Seigneur de la puissance si loin de ce qu'ils fabulent».

*- NTD: Le Muslman salue avec les formules: "La Paix soit sur vous".

f) La pratique de l'usage constitue un effort intellectuel de la part des juges (ijtihad) qui disposent ainsi de toutes les conditions requises pour assurer leurs fonctions.

g) C'est aussi la preuve que les portes de l'ijtihad sont restées ouvertes, contrairement à ce que prétendent les adversaires de l'Islam.

h) La pratique de l'usage assure l'uniformité des jugements grâce à la continuité et à la permanence qui la caractérisent.

i) Elle assure aux gens une certaine pérennité de leurs coutumes.

j) Elle ouvre des possibilités énormes à des solutions juridiques efficaces de cas où les gens croyaient ne pouvoir trouver de solution que dans le cadre des avis prédominants ou réputés alors qu'elle laisse la porte largement ouverte à l'efficacité des solutions dans un grand nombre de cas.

Sire,

Nous prions le Très Haut d'agréer nos actions, de ne pas les refuser, de nous éviter les errements et de nous guider dans la voie des actes pies.

Nous prions Dieu d'accorder sa protection à notre Seigneur et Imam et de veiller constamment sur sa personne pour qu'elle jouisse de la santé et de la paix tout le long de sa vie ainsi que des attributs de la victoire, de la gloire et de la souveraineté.

Puisse notre Maroc connaître le bonheur sous la pérennité de son règne. Puisse son temps être celui du règne de la victoire, de la grandeur et de la prospérité des peuples musulmans.

Puisse Dieu lui procurer la joie et le bonheur en la personne de son Prince Héritier Son Altesse Royale Sidi Mohamed et de son frère bienheureux Son Altesse le Prince Moulay Rachid, ainsi que de toute sa

Ainsi, je passerai donc sur ce point pour présenter certaines observations que l'on pourrait formuler dans le domaine de la pratique de l'usage:

a) Cette pratique a prouvé que le droit musulman est souple et vivant, contrairement à ce qu'en disent ses détracteurs qui le qualifient de sclérosé et d'inadapté au progrès, car ce droit coutumier prend en considération les usages, les coutumes, les traditions et les situations particulières. Il va même très loin au point où il délaisse l'avis prédominant en optant pour un avis même reconnu faible, et ce en vue de vouloir assurer et réaliser les intérêts propres des gens.

b) L'un des avantages obtenus par la pratique de l'usage est l'islamisation des coutumes, car un nombre important de traditions et de coutumes sont accaparées par la pratique de l'usage qui les intègre dans la légalité du Chra` lequel leur donne ce caractère législatif.

c) La pratique de l'usage constitue un chapitre enrichissant dans le domaine de la législation, étant donné le nombre «d'opinion juris» qu'il engendre, du fait des situations qui se présentent à lui et du fait également des efforts intellectuels (Ijtihad) réalisés par les juges pour formuler les règles nécessaires à la solution des cas nouveaux qui se présentent à eux.

d) Vu la place positive qu'elle occupe par rapport aux coutumes et traditions sociales, la pratique de l'usage assurait un rôle important en suscitant l'amour pour l'Islam dans les coeurs des ethnies, des tribus et des peuples qui ont découvert que cette religion ne s'opposait pas à leurs coutumes et à leurs traditions. Au contraire, ces diverses communautés se sont aperçues que l'Islam était parfaitement en symbiose avec leurs coutumes, leurs habitudes et leurs traditions.

e) La pratique de l'usage aide à mieux comprendre la législation religieuse, car, bien comprise à partir des précédents juridiques et de l'usage pratiqué par les juges des générations passées, elle sera à même d'être mieux assimilée.

11

Conclusion :

Objet de la pratique jurisprudentielle

conformité avec les textes, eh bien, il n'est pas permis à nos juges de s'immobiliser sur les mêmes textes, c'est à dire les dispositions du droit positif, et qu'ils veuillent ignorer les commentaires et les interprétations qu'il réclame, et ce à partir des usages en pratique et des traditions régnant dans le pays où ils habitent.

Nos anciens jurisconsultes considéraient l'immobilisme devant les textes comme une sorte d'égarement et aussi de volonté d'égarer les autres en affirmant que si coutume il y a, il y a également les conséquences qui en découlent

Je n'aurai pas à m'étendre sur la 4° condition, savoir celle concernant l'avis érigé en usage et entaché d'une grande faiblesse.

Il serait utile que nous nous arrêtions à cette dernière disposition qui concerne les coutumes érigées en règles. Je voudrais préciser à ce propos que la plupart des usage mis en application se fondent sur le droit coutumier, sur les traditions et les usages en cours dans le territoire où se trouve le juge.

La coutume «Al`Orf», c'est ce qui se consolide dans votre for intérieur à partir de votre raison et que les natures saines agréent spontanément. La tradition est ce qui emporte la faveur des gens. Ces deux concepts sont pris en considération par la loi. Les malékites se sont largement étendus sur ces deux notions. Ils ont considéré la coutume et la tradition comme des fondements de leur doctrine pour argumenter leurs thèses. Commentant la parole coranique: «Les femmes allaitent leurs enfants deux années entières, pour ceux qui veulent fermer les deux cycles», ils ont soutenu que cette prescription constitue une prescription générale, savoir que toutes les mères doivent allaiter leurs enfants durant deux années accomplies. En ce qui concerne «pour celles qui veulent terminer l'allaitement», ils ont dit: sauf si la femme appartient à la noblesse et vit dans la prospérité; auquel cas, elle n'est pas obligée d'allaiter ses enfants, le mari devant louer les services d'une femme qui pourrait les allaiter. Ils ont donc attaché à ce verset cette coutume et cet usage.

Grâce à la coutume, ils ont accordé la prédominance à l'avis même entaché de faiblesse. Un poème didactique dit ceci: «Ils ont donné la prédominance à la pratique de l'usage qui est le plus fort de toutes les prédominances». Al Mahdi al Ouazzani a enregistré dans ses écrits un avis disant que la coutume et la tradition constituent des fondements de la loi.

Les Malékites ont donné leur préférence à ce que le cadi appartienne à la région dans laquelle il exerce la loi, ceci afin qu'il soit au courant des coutumes, des traditions et des habitudes du pays afin qu'il puisse juger conformément à celles-ci. Il ne devrait pas s'y opposer, car les gens n'apprécient pas des jugements qui vont à l'encontre de leurs us et coutumes.

Si les Ulémas des premières générations ont accordé à la pratique de l'usage toute cette importance et ont émis les avis fondés sur les coutumes en

10

La majeure partie de cette pratique se fonde sur la coutume

- l'Islam évite l'embarras,
- C'est le résultat qui compte,
- l'usage courant en droit coutumier équivaut aux dispositions d'un acte juridique,

Cette observation faite par les Ulémas les a amenés à poser des conditions très précises dans les cas où la pratique de l'usage a été admise. Encore faut-il, s'il arrive que nous acceptions cette pratique, remplir certaines conditions:

1- Que le Cadi (le juge) soit partisan de l'avis prédominant, si ce juge ne peut pas se hisser au niveau de l'ijtihad (nous en avons parlé plus haut).

2- Qu'il suive les avis des juges réputés pour leur compétence et leur science (nous en avons également parlé plus haut).

3- Que l'usage (al`amal) soit conforme aux fondements du droit musulman et ne s'en écarte pas.

4- Que la faiblesse de cet usage ne soit pas trop manifeste.

S'agissant des conditions 2 et 3, je dirais à ce propos que l'usage doit être conforme aux fondements de la doctrine malékite qui prennent en considération:

- les intérêts publics des gens,

- l'istihsan (selon Malik, ce concept veut dire qu'il préfère telle décision juridique d'après sons propre sentiment sans pouvoir l'appuyer sur la tradition),

- l'empêchement des actes criminels et autres délits.

Cet usage devra se conformer à ce qu'il est convenu d'appeler la politique juridique, savoir les jugements relevant du Prince on du Calife des Musulmans, jugements qu'il prononce soit pour défendre l'ordre établi, soit dans le cadre de ce qu'on appelle l'organisation de l'Etat.

La pratique de cet usage est donc admise si elle s'insère dans ce cadre, c'est à dire, si elle est conforme aux règles précitées.

9

Conditions de cette pratique

Cependant, les Ulémas n'étaient pas très satisfaits de cette orientation et l'on considérée comme un signe de faiblesse et de décadence, disant par là que s'écarter du prédominant et de ce qui a été en usage pour se contenter des avis entachés de faiblesse ne se fait que lorsque la Communauté faiblit, qu'il lui devient difficile de s'attacher au prédominant et à l'usage courant et lorsqu'elle commence à s'attacher aux us et coutumes y compris le bénéfice des circonstances atténuantes. Ils ont avancé que la pratique de l'usage ne constitue pas plus qu'une simple hérésie et ont taxé certains qui l'exercent de pécheurs rebelles aux ordres de Dieu. Ce qui a soutenu leur thèse, c'est bien l'apparition de certaines formes de pratiques marquées de déviationisme, tel l'usage pratiqué en matière de diffamation pour fornication alors que ce délit est expressément mentionné dans le Coran et la Sunna du Prophète (P.S), tel aussi l'usage pratiqué par certaines traditions et coutumes dans la campagne, ce qui a amené un nombre d'Ulémas à prononcer des avis selon lesquels les jugements ayant frappé des cas survenus dans des régions de la campagne ne sont permis que dans ces mêmes régions, et exclusivement dans ces régions.

8

Le rejet par les ulémas de cette pratique

La conception du droit coutumier s'est développée dans l'esprit des juristes comme Malik qui soutenait l'usage le plus constant et le plus répétitif et lui accordait la primauté sur le hadith. Ils considéraient que le juge se devait de prendre en considération l'usage pratiqué par ses prédécesseurs afin qu'il applique ce qui en était continu et répété qu'il en fasse une règle et lui accorde la primauté sur le prédominant et les autres preuves.

L'Andalousie a connu «l'usage» dès le début de son apparition. La réputation de Cordoue en la matière était bien assise.

L'usage cordouan s'est répandu à travers tout l'Occident musulman du temps de la gloire et de la prospérité de Cordoue.

Cette influence de la ville andalouse a gagné Fès où est apparu cette pratique désignée sous la dénomination de: «l'usage fassi». Cet usage s'est également manifesté dans le reste de l'Occident musulman où de nombreuses cités comme Marrakech, Tétouan, Rabat l'ont adopté. De son côté, chacune de ces villes et régions avait son propre corpus d'usages.

7

La pratique des juges à partir des travaux de leurs prédécesseurs si ces travaux ont fait effet de jurisprudence

On disait à Abu ad Darda: «Nous avons été informés de tant et tant de hadith», ce à quoi il répondait: «Moi aussi, j'en ai entendu tant, mais l'usage pratiqué était opposé à ce que j'ai entendu».

Il a été confirmé que l'Imam Malik, parlant d'Ibn Shihab al Zuhri, disait: «J'ai entendu Ibn Shihab rapporter de nombreux hadith que je n'ai jamais repris». On l'interrogeait pourquoi et il répondait: «Parce que ces hadith n'étaient pas conformes à l'usage pratiqué alors. Al Chatibi a écrit dans ses «Muwafakat»: C'est à partir de cette position qu'on peut connaître le véritable but de Malik qui accordait la primauté à la coutume sur les hadith, car l'Imam donnait plus de considérations à l'usage le plus pratiqué et délaissait tout le reste même si ce reste était appuyé par des hadith. Malik était né au cours de la deuxième génération celle des suivants, c'est à dire celle ayant suivi immédiatement la génération des compagnons du Prophète (P.S). Il avait donc pu les voir agir au moment où l'usage se perpétuait chez les compagnons. Cet usage ne s'était donc perpétué que parce qu'il était pratiqué régulièrement par le messager de Dieu (P.S).

Al Chatibi rapporte que Al Utbi a rappelé l'origine de cette pratique dont l'importance est toute particulière, savoir que l'Imam Malik a été interrogé à propos d'une telle personne qui pourrait être informée d'un événement heureux et se prosternerait devant Dieu pour lui rendre grâce. Malik répondit: «Cette personne n'a pas à le faire». On lui dit alors: «Abu Bakr As-Saddik s'est bien prosterné devant le Seigneur à l'occasion de la journée de la Yamama pour lui rendre grâce. En as-tu entendu parler?» Il répondit: «Non, et je pense qu'ils ont bien menti au sujet de Abou Bakr». Le Prophète (P.S) et après lui les Musulmans ont remporté bien des victoires dans leur vie. Avez-vous entendu dire que quelqu'un parmi eux se soit prosterné devant Dieu pour cela?»

A la lumière de ce qui précède, al Chatibi a dit: «C'est pour cela que les orthodoxes sunnites n'ont pas prêté attention aux Rawafides (séparatistes shi`ites) lorsqu'ils disaient que le Prophète (P.S) avait recommandé (à sa mort) qu'on prenne Ali comme Calife, c'est parce que l'usage n'était pas conforme à cette recommandation, ceci en plus du fait que les compagnons ne peuvent être unanimes à s'égarer.

En nous penchant sur la question de la naissance du droit coutumier et des étapes qu'il a franchies, nous remarquerons qu'il a pour source un des plus grands principes de la doctrine malékite et l'une de ses thèses les plus solides; c'est à dire l'usage (al`amal) appliqué par les gens de Médine en tant que l'un des fondements de ce rite.

En effet, Médine a été la cité où notre Prophète (P.S.) a vécu pendant des années, où ses compagnons écoutaient la révélation encore toute limpide et fraîche, où ils observaient son application pratique au cours de la vie même du Prophète (P.S.). Celui-ci mort, ils n'ont rien changé à la situation qui prévalait au cours de sa vie.

Ainsi, la cité de Médine est devenue le creuset où s'est établi le pouvoir des Califes bien guidés et où résidaient les plus grands compagnons qui se renseignaient les uns auprès des autres sur les actes et les décisions que le Prophète (P.S.) avait coutume de pratiquer.

La société médinoise constituait certes un modèle de la communauté nouvelle instaurée par l'Islam comme archétype universel à prendre en exemple par toute l'humanité.

C'est cet usage, celui des médinois, que l'Imam Malik a pris pour l'un des fondements de sa doctrine et l'une de ses argumentations les plus solides et les plus personnelles en matière de droit musulman; celà se manifeste clairement dans les démonstrations de l'Imam Malik, que Dieu l'ait en sa grâce. On n'en voudra pour exemple que sa lettre à al Laïth ibn Sa`d où il dit ceci: «Les gens suivent l'usage des médinois, car le messager d'Allah vivait parmi eux, il leur adressait ses ordres auxquels ils obéissaient, puis sont venus après lui les plus proches parmi les compagnons de sa Communauté qui ont suivi cette voie. Si donc les choses à Médine sont claires et sont devenues l'usage mis en pratique, je ne vois nullement qu'on puisse pratiquer autrement que comme cela, à cause justement de cet héritage qui leur a été dévolu et que personne ne peut s'approprier ou plagier».

L'Imam Malik avait coutume de répéter l'expression de son maître Rabia al Ra'y «mille plus mille valent mieux que un plus un».

6

La pratique des gens de Médine en tant que jurisprudence

que les crimes ne puissent pas rester impunis. Ces situations ont existé au cours de l'Histoire. Les ouvrages nous conservent encore par exemple des tableaux de codes de la tribu Gzoula dans le Souss qui prévoient les différents crimes et délits ainsi que les différentes peines payées sous forme d'amendes en numéraire, les parties qui les perçoivent, les rubriques où elles sont dépensées etc.....

Dans les cas où l'Etat est inexistant ou de son existence comme Etat établi mais sans puissance réelle, les Ulémas sont d'avis pour que le châtiment des crimes soit abandonné au profit de l'amende.

Dans le cas de l'existence d'un Etat fort, et qu'il s'avère hors de portée pour lui d'appliquer des châtiments corporels, les Ulémas se trouvent en désaccord. Certains disent qu'il n'est permis en aucun cas de passer du châtiment corporel à la peine de l'amende pécuniaire. D'autres ont permis ce transfert pour des raisons de nécessité ou pour un intérêt certain, ou enfin parce qu'il n'était pas possible d'appliquer strictement les peines prévues par la loi conformément à celle-ci. C'est cette dernière opinion qui l'a emporté. Le cheikh Mohamed Mahmoud al Alaoui, compté parmi les Ulémas du Sahara précise que le passage du châtiment corporel à la peine d'amende a eu lieu sous les souverains depuis les premières époques jusqu'en 1122 H, et qu'il n'y avait plus d'opposition à ce sujet.

Grâce à cet exemple, nous pouvons voir comment nous sommes passés de l'avis prédominant et réputé, savoir le devoir strict de l'application du châtiment corporel à l'avis réputé faible, en d'autres termes le passage aux amendes pécuniaires et comment ce passage s'était effectué.

accompagnées d'un repentir sincère. Elles leur évitent un nouveau châtiment dans l'au-delà pour les crimes commis et punis ici-bas.

Le châtiment est à l'origine un châtiment corporel comme la condamnation à mort pour l'assassin, la lapidation, l'ablation de la main du voleur et la flagellation. Mais ces châtiments corporels ne peuvent être infligés que dans le cas d'un Etat détenteur de tous les pouvoirs. Si par contre l'Etat en cause ne jouit pas de ses pleins pouvoirs ou dans le cas d'une société anétatique, il ne sera pas alors possible de décréter les peines corporelles. Le pays connaîtra alors l'anarchie comme cela s'est produit au cours de l'Histoire de l'humanité. Il peut arriver que l'Etat soit fort et détienne l'autorité dans l'ensemble d'un territoire donné sans pour autant qu'il puisse imposer les peines corporelles pour des raisons et des nécessités particulières, économiques ou sociales qui font par exemple que le vol se répande partout; ce qui rend le châtiment pratiquement impossible, ou bien encore que les consommateurs de boissons alcooliques soient si nombreux qu'il devient hors de portée de les tous flageller.

Donc, ou l'Etat établi est incapable d'assumer sa charge ou c'est le contraire sans que dans ce second cas, il puisse pour autant appliquer les châtiments légalement prévus.

Cependant, il y a un troisième cas où il n'existe pas d'Etat établi. Si ce dernier cas se présente ou si l'Etat existe, mais cependant se trouve incapable d'appliquer la loi, nous nous trouverons alors devant l'alternative suivante:

- Ou bien les châtiments des crimes doivent être abandonnés et c'est là ou réside tout le mal, ou bien la tribu ou la commune applique la peine prévue en qualité de dépositaire de l'autorité absolue sur ses membres. Mais cette tribu ou cette commune n'est pas habilitée à appliquer les châtiments corporels prévus par la loi musulmane, car ces châtiments ne doivent être appliqués que par le souverain ou son substitut, tel le Cadi ou un agent désigné à cet effet. Dans ce cas, la tribu ou la commune applique des sanctions non physiques, en prévoyant des amendes au lieu de châtiments corporels, cela en attendant que la situation retourne à la normale, c'est à dire

souffert énormément dans leurs intérêts et leurs droits. C'est pour cela que les Ulémas sont revenus sur cet avis pourtant réputé intangible et ont proclamé la licéité du témoignage collectif. Ils ont soutenu cette opinion même en ce qui concerne le mariage et l'établissement de l'acte le consacrant. Ils ont également soutenu l'avis que le voleur soit sanctionné sur témoignage des femmes, des enfants, des bergers et de tous ceux qui ont constaté le vol de visu. Ils ont également soutenu que les témoignages de gens présents contre d'autres sont valables dans les lieux où les notaires ne sont pas censés être présents et où leur présence semble impossible tels les lieux de loisirs, sans prendre aucune considération de la présence des notaires.

Aussi, les Ulémas sont-ils revenus sur l'avis réputé et prédominant et ont-ils adopté l'avis faiblement soutenu, savoir le témoignage des gens du commun.

Cette pratique a perduré dans les juridictions faisant appel au témoignage collectif ou à celui des gens du commun de sorte qu'elle est devenue une pratique courante.

b) les sanctions pécuniaires

– Le deuxième exemple porte sur les amendes

Il est clair que Dieu le Très Haut a légalisé le châtiment pour assurer l'ordre, protéger les individus, leurs intérêts et leurs droits, faire en sorte que la charge imposée aux dirigeants soit de sauvegarder les droits des gens, leurs personnes, leur biens et leur dignité. Cela ne saurait se réaliser que grâce aux peines exemplaires et dissuasives qui empêchent les gens de commettre des délits exemplaires parce qu'elles empêchent les criminels de récidiver. Dissuasives en ce sens qu'elles empêchent les autres de commettre des délits par imitation et d'imiter ces criminels dans les délits qu'ils commettent. Bien sûr, ces peines lavent en outre leurs péchés si elles sont

a) le témoignage collectif

Je vais essayer Sire, de présenter des exemples où ce droit coutumier a été mis en oeuvre, ce qui explique encore mieux l'usage qui en a été fait.

– Le premier exemple concerne le témoignage collectif.

Le témoignage signifie bien sûr le fait que le témoin témoigne d'un acte qu'il a constaté lui-même de visu ou dont il a été informé. Le consensus veut que le témoignage ne soit le fait que de deux notaires (`adl) sur la base de la parole coranique: «... faites témoigner deux gens honorables parmi vous», et de cette autre parole de Dieu: «... parmi les témoins agrées».

Cependant, la présence des notaires n'est pas toujours aisée, car il arrive que des évènements se produisent et que des problèmes surgissent en l'absence des notaires requis n'ait au moment du témoignage. Les juges se trouvent alors tenus de demander le témoignage de ceux qui avaient été présents au moment de la survenance des faits même ceux parmi le commun des gens.

Les jurisconsultes donnaient des consultations précisant que le témoignage de non notaires n'est nullement valide. C'est ainsi que le Cadi de Cordoue, Abu Abdallah ibn al Hajj n'avait pas admis le témoignage de 50 personnes des gens du commun, restant en cela fidèle aux avis réputés et prééminents, à savoir que le témoignage des gens du commun n'est pas valide. De même, le Cadi de Fès, Abu-l-Hassan as Sughaïr ayant été interrogé sur le témoignage collectif, a répondu qu'il n'a aucun fondement; «se satisfaire donc de 12 témoins dans le témoignage collectif n'est pas chose permise». Le Professeur Larbi al Fassi a rappelé que les cadis et les savants se sont tous opposés au témoignage collectif des gens du commun quel qu'en soit le nombre.

Si nous avions suivi cette voie, il n'y aurait plus eu de commerce ou de transactions possibles entre les gens sauf en présence de notaires devant le surcroît être toujours présents au moment voulu. Les gens auraient ainsi

5

Exemples pratiques

a) le témoignage collectif
b) les sanctions pécuniaires

ou quand les juges d'un pays avaient appliqué cet usage dans un cas particulier à propos duquel ils avaient prononcé un jugement particulier.

Un poème didactique dit ceci: «l'usage coutumier, bien qu'il ne jouisse pas du consensus, n'est pas à rejeter».

Certes, ce chapitre de l'usage convenu revêt une réelle importance. Il est considéré comme un véritable tournant dans le domaine du droit musulman. Nos juges s'y sont engagés résolument et avec beaucoup de hardiesse; ils ont pu ainsi, grâce à ce modèle, résoudre de nombreux cas complexes auxquels ils avaient à faire face.

C'est ainsi qu'est apparu ce qu'on nomme «al `amal al Motlaq» , c'est à dire l'usage applicable à tous, puis est venu ce qu'on appelle l'usage limitatif «al `amal al Moqayad» tels l'usage fassi, l'usage r'bati, les usages marrakchi ou soussi etc... Il s'agit là d'efforts intellectuels «Ijtihadat» en matière juridictionnelle ayant un caractère local, et se limitant à appliquer les précédents des juges de la région ou du pays intéressé dans les jugements qu'ils ont eu à prononcer sur des cas spécifiques auxquels ils ont appliqué des procédures également spécifiques, en délaissant les avis prééminents et réputés en faveur d'avis plutôt faibles.

Nos Ulémas se sont particulièrement intéressés à cette technique. Azzakkak lui a consacré un chapitre dans son poème didactique «La Lamia». Abu-l-Abbas Ahmed ibn al Qadi y a consacré son ouvrage «Naïl al Amal fi ma bihi mina-l-Ahimmati jara-l-`Amal». Le cheikh Abdallah ibn Ibrahim al Alaoui à son tour a consacré un ouvrage sur le même sujet. Le cheikh Sidi Abderrahman al Fassi a composé à son tour un poème didactique sur le droit coutumier de Fès, le cheikh Abu Zaïd Abderrahman al Yachtimi a fait de même sur celui de la région du Souss. Notre ami feu le professeur Omar al J`aïdi a rédigé sur le sujet une thèse sous le titre: «Le droit et l'usage coutumier dans le rite malikite», thèse présentée à la Faculté de Dar al Hadith al Hassania que vous honorez Sire, de votre affection, de vote protection et de l'intérêt particulier que vous lui portez.

Nos Ulémas ont poursuivi leur oeuvre dans ce domaine. Ils ont rédigé des consultations en sa faveur et encouragé les juges à le suivre. Ils ont également recommandé au juge de ne pas s'opposer à l'usage convenu, de s'y référer pour les cas où la prééminence ou la réputation ont été reconnues,

4

Importance de défendre cette pratique et intérêt qui lui est porté par les ulémas

choisiront de le suivre dans sa décision en procédant du même effort (ijtihad) que notre juge a mis en oeuvre, en ignorant l'avis majoritaire et prépondérant et en acceptant l'avis entaché de faiblesse. C'est dans ces circonstances que naît ce qu'on a convenu d'appeler «al`Amal» (l'usage), car ce précédent devenu usage a permis aux juges de rendre leurs jugements conformément à un avis faible (da`if), en s'écartant de l'avis prépondérant majoritaire, pour une raison nécessitée par les besoins de l'usage que le droit s'est approprié et que les juges ont appliqué.

Ainsi donc, lorsque le juge choisit l'avis entaché de faiblesse et délaisse l'avis reconnu et prédominant et que les autres juges l'y suivent, il naît alors ce qu'on appelle l'usage convenu. Si les autres juges ne le suivent pas son choix le droit coutumier ne saurait voir le jour et le jugement resterait un simple jugement individuel.

La multiplicité des cas, leur diversité, l'interpénétration des intérêts et leur complexité, les situations créées pour les hommes, tout cela nécessite de nouveaux jugements.

Omar ibn Abdelaziz a dit: «Des cas nouveaux naissent chez les gens dans la mesure où ils commettent des délits».

Tout cela amène le juge à se pencher sur le patrimoine juridique musulman pour y retrouver les arguments nécessaires à la solution du cas qui se présente à lui.

Au cas où l'avis prééminent ou réputé tel ne le satisfait pas, il pourra rechercher la solution même dans les avis reconnus faibles.

L'essentiel pour lui est que ses jugements demeurent dans le cadre du droit musulman et ne s'en écartent pas.

Dans le cas où ces jugements sont retenus en tant que précédents, nous nous trouvons alors dans ce qu'on nomme «al `Amal» ou bien ce qu'on appelle «les opérations juridiques» ou bien ce qu'on appelle encore «l'usage convenu».

En examinant la teneur de ses jugements, le juge doit nécessairement reconnaître ceux qui ont reçu le consensus auquel il devra s'attacher et qu'il devra suivre en s'y conformant. Il ne devra s'en écarter en aucune façon. Il devra différencier entre l'objet du consensus et l'objet qui ne l'a pas reçu pour qu'il puisse reconnaître le consensuel et ne s'en écarter en aucune manière. Pour ce qui est l'objet de divergence, c'est toute une question autour de laquelle les avis des juristes sont controversés et différents. Le juge ne peut que suivre ce qui est prépondérant et majoritaire, sans se tourner vers ce qui ne l'est pas. S'il n'agit pas ainsi, il aura alors contrevenu au propos de ce hadith objet de notre thème. C'est d'ailleurs la voie suivie jusqu'à nos jours par nos prédécesseurs parmi les juges de notre communauté.

Cependant, il pourra se présenter au juge des affaires et des cas où son jugement, selon l'avis majoritaire, pourrait causer quelque dommage ou tout simplement nuire ou porter atteinte à un quelconque intérêt, ou bien alors que ce jugement soit non conforme aux coutumes répandues parmi les gens, à une tradition qu'ils ont mise en pratique depuis longtemps et l'on voit alors le juge n'abandonner cet interdit que pour tomber dans ce sur quoi nous avons attiré l'attention, savoir l'abandon de l'avis préféré et l'adoption de l'avis marqué de faiblesse (daï̂f).

A ce sujet, et au cas où l'affaire est soumise au juge, ou bien ce juge soutiendra l'avis prépondérant, sera partisan de l'effort jurisprudentiel et jouira d'une compétence qui lui permettant d'émettre un jugement de son propre chef ou de choisir parmi plusieurs avis opposés, ou bien ce sera un juge incapable de formuler une préférence entre des avis opposés ou d'accorder une prépondérance à tel ou tel avis.

Si le juge est partisan de la «prépondérance», s'il est capable de choisir entre l'un ou l'autre des avis opposés, et qu'il ait choisi pour résoudre le problème qui lui est posé, d'agir en conformité avec un avis entaché de faiblesse, et d'abandonner l'avis prépondérant reconnu par la majorité, une alternative se présente alors dans ce cas:

Ou bien les juges refuseront de le suivre dans son choix qu'on ne prendra pas en considération et qui restera purement théorique, ou bien ils

3

Définition de la pratique jurisprudentielle

à toi?» Muad répondit: «Je jugerai conformément au Livre de Dieu» - «Et si tu n'y trouves rien?», demande le Prophète (P.S)

- «Selon la tradition du messager d'Allah, répondit-il.
- Et si tu ne trouves pas,
- Je m'efforcerai de juger selon ma conscience».

Le Prophète (PS) donna un coup sur la poitrine de Mu 'ad et dit: «Je rends grâce à Dieu qui a éclairé le messager du messager d'Allah sur la voie qui satisfait le messager d'Allah».

Bukhari a enregistré ce même hadith dans son livre: «Les transactions commerciales» de son corpus le «Sahih» en ces mêmes termes: «Chapitre du «Najash» et de celui qui confirme son invalidité et de l'affirmation du propos de ibn abi Aoufa disant que le «Najish» est un usurier faussaire et trompeur, son action est corrompue et illicite. « Al-Bukhari a dit dans ce chapitre: «Le Prophète (PS) a dit: «La tromperie même son homme à l'Enfer, celui qui n'agit pas conformément à notre tradition, son acte sera rejeté».

Le terme «Najsh» cité dans ce hadith vise une personne qui surenchère sur une marchandise sans pour autant vouloir l'acquérir, désirant seulement faire profiter le vendeur et léser l'acheteur; ce qui constitue un acte illicite.

Le hadith objet de notre conférence relève de la même source dont relève cet autre hadith authentique et bien connu à savoir: «Celui qui aura introduit dans notre tradition ce qui ne relève pas de celle-ci, son acte est rejeté». Les deux hadith sont rapportés par Aïcha que Dieu soit satisfait d'elle.

Le hadith, savoir «Celui qui aura introduit dans notre tradition ce qui ne relève pas de celle-ci, son acte devra être rejeté», constitue l'un des fondements de la loi musulmane et l'un des propos du Prophètes (P.S) les plus éloquents et les plus concis. Ce hadith est on ne peut plus clair en matière de rejet et de refus des mauvaises innovations. Ibn Hajar al 'Askalani rapporte dans on ouvrage «al Fath» que ce hadith mérite d'être décrit comme étant la moitié des arguments de la loi.

Cependant, si ce hadith comporte toute une voie salutaire et recommandée pour celui qui s'y conforme, alors que celui qui s'en écarte sera voué à l'égarement, il est par rapport au juge la corde solide et résistante; celui qui s'y accroche est sauvé, celui qui l'abandonne sera voué aux gémonies. Il agit particulièrement lorsque le Cadi recourt à l'effort intellectuel, «l'Ijtihad» dans son travail. Rappelons à ce propos la question posée par le Prophète (PS) à Mu 'ad ibn Jabal quand il l'a nommé gouverneur au Yemen: «Comment jugeras-tu lorsqu'une affaire se présentera

Ma jara bihi -l- amal ou le droit coutumier. Un modèle typique de notre patrimoine juridique

J'ai choisi, Sire, comme thème de cette conférence que j'ai l'honneur de donner devant vous, un modèle de notre patrimoine juridique qui confirme le grand talent de nos juristes, la vivacité de leur esprit et la largesse de leur générosité. Cet exemple précise comment il ont pu adapter la justice de manière qu'elle puisse répondre aux préoccupations du droit musulman, savoir la réalisation des intérêts des hommes et l'empêchement des actes blâmables et illicites. Ce sujet se rapporte donc au droit coutumier à partir du hadith de votre aïeul (PS): *«Celui qui n'agit pas conformément à notre tradition, son action devra être rejetée»*.

J'essaierai, grâce à l'aide et au concours de Dieu, de résumer la question relative aux rapporteurs de ce hadith et à son texte, de parler sommairement du concept de droit coutumier en donnant des exemples pour préciser son sens, son intérêt et son champ d'action et je terminerai par un mot sur l'intérêt de la recherche dans ce domaine.

L'Imam Muslim ibn al Hajjaj a rapporté dans son chapitre: «La cassation des jugements viciés (atteints de nullité) et le rejet des innovations blamâbles du «Livre des Jugements» de son corpus de hadith authentiques «le Sahih», ce qui suit: «Ishaq ibn Ibrahim et 'Abd ibn Hamid nous ont rapporté tous deux les propos de Abu`Amir, Abd a dit: Ishaq ibn Ibrahim nous a rapporté qu'il a posé à Al Kaçim ibn Mohammed une question concernant un homme possédant trois domiciles qui a recommandé dans son testament l'octroi d'un tiers de chaque domicile. Kacim a dit: «Tout devra être rassemblé dans un seul domicile». Aïcha (que Dieu l'ait en sa mansuétude) m'a informé que le Prophète (PS) a dit: *«Celui qui n'agit pas conformément à notre tradition, son acte devra être rejeté»*.

De son côté, l'Imam al Bukhari a rapporté ce hadith dans son livre : «L'attachement au Coran et à la tradition» de son corpus le «Sahih» dans le chapitre: «Quand le juge ou le gouverneur interprètent les faits d'après leur raison et se trompent sans le savoir par rapport au jugement (éventuel) du Prophète (P.S), leur jugement est refusé. Le Prophète (PS) a dit: «Celui qui n'agit pas conformément à notre tradition, son acte devra être rejeté». Al

2

La pratique jurisprudentielle, un modèle de notre patrimoine juridique - commentaire du hadith : «Celui qui n'agit pas en conformité avec ce que nous faisons, son acte devra être rejeté»

S'il est nécessaire de rendre grâce pour les bienfaits reçus et d'en parler publiquement, il sera de notre devoir alors d'agir en vue de perpétuer et de généraliser ces bienfaits. A ce titre, les penseurs et les ulémas devront s'intéresser aux choses de la justice en recherchant ce qui, dans notre patrimoine, est susceptible d'en assurer la promotion et d'en garantir la force et la vitalité.

qui l'a choisi parmi l'ensemble des créatures de Dieu, cet Islam a chargé ce vicaire d'établir la justice et de combattre l'injustice. Dieu dit :

> **«Dieu ordonne la justice, la bonne action, la libéralité envers les proches; il proscrit la turpitude, le blâmable, la démesure; il vous sermonne attendant de vous que vous réfléchissiez»**
>
> *(les Abeilles; v:90).*

L'Islam a conçu un mécanisme solide pour assurer la justice sur terre et sauvegarder les droits de Dieu et des hommes. Il a édifié de nouveau l'institution de cette justice dont le messager d'Allah s'est chargé personnellement du mandat dès le début, puis il a désigné ses lieutenants pour le représenter dans les diverses régions lorsque le territoire de l'Islam s'est étendu et que la lumière de cette religion s'est répandue sur terre.

Les Etats islamiques ont accordé à cette institution tout l'intérêt et toute l'importance qu'elle mérite. Un droit spécifique a émané de cette institution juridique dont il a défini les conditions nécessaires au juge pour qu'il prononce ses jugements ainsi que la procédure qu'il doit appliquer. Mieux encore, un droit tout-à-fait particulier est né de cette institution appelée «Adab al Qadà» (le code de bonne conduite en matière de justice); ce code précise comment doivent être la tenue du juge, son comportement durant ses séances, comment doit être organisé le corps de ses collaborateurs, etc...

L'importance accordée par les Etats islamiques au juge et à la justice a été et reste enregistrée dans les ouvrages traitant de l'histoire en lettres d'or.

Monseigneur,

Vous-même avez été le plus intéressé au succès de cette institution à laquelle vous avez accordé tout votre appui en réédifiant la justice sur des bases solides, en procédant à la révision du droit par l'introduction des réformes et la promotion des lois, et en entourant de votre juste et affectueuse attention les hommes de loi méritants.

le souvenir du 20e, anniversaire de la victorieuse Marche Verte reste toujours présent dans nos coeurs, ses échos continuent à résonner aux oreilles, ses glorieux faits les esprits, et ses lumières les yeux. Tout Marocain, tout Musulman au fait, se sent fier des espoirs et des voeux que Dieu a voulu réaliser au cours de cette Marche grâce à laquelle des familles se sont rencontrées et des parents retrouvés. Des foyers d'incendie et d'anarchie ont été ainsi éteints. L'emblème de cette Marche fut le Livre Saint du Coran qui lui a indiqué sa philosophie, ses dimensions et ses objectifs, Livre porté par les participants à bout de bras jusqu'à leurs fronts. C'est sa réthorique et son éloquence qui se sont chargées d'exprimer ce que leurs coeurs et leurs esprits ressentaient et qu'ils n'auraient su dire autrement que par ce geste. C'est son inimitabilité qui seule prouve la justice de leur cause et en démontre le fondement et la noblesse qu'ils n'auraient pu clamer sans cela. Tout le Sahara marocain, touché par cette grâce, a répété l'écho de ces voix sacrées élevées des rangs de ces cortèges, comme si toute la terre et tout le ciel répétaient ensemble et d'une même voix.:

> **«Ceux qui te font allégeance ne le font qu'à Dieu: c'est la main de Dieu qui se pose sur les leurs. Enfreindre (ce serment) c'est l'enfreindre à son propre dam. Qui s'acquitte de ce dont il a offert pacte à Dieu, il lui accordera un salaire insigne».**
>
> *(la Conquête, v:10).*

«Ta marche verte fut un miracle
Qui a étonné les esprits les plus sensés,
Cette marche fut un modèle à suivre,
Et son souvenir durera pendant de longs siècles.
Le temps s'est incliné par respect pour celui qui l'a réalisée
Et le monde, émerveillé, en a chanté les louanges».
Monseigneur, Commandeur des croyants,

L'Islam qui a su ramener l'homme à sa source première, c'est-à-dire en le proclament vicaire de Dieu sur terre et détenteur du dépôt sacré (amana) et

AU NOM DE DIEU LE CLEMENT LE MISERICORDIEUX

Ma jara bihi -l- amal ou le droit coutumier Un modèle typique de notre patrimoine juridique

A partir du hadith du Prophète, paix et prière soient sur lui : *«Celui qui n'agit pas en conformité avec ce que nous faisons, son acte devra être rejeté».*

Grâce soit rendue à Dieu, celui qui crée et recrée, celui qui agit toujours selon sa seule volonté.

Paix et salut soient sur notre Seigneur le messager d'Allah, sur sa famille et ses compagnons, de sorte que notre prière nous écarte des ténèbres du doute, nous honore de la lumière de l'intelligence, nous éclaire sur les difficultés des choses jusqu'à ce qu'elles soient comprises. Seigneur, tu sais tout et nous ne savons rien, tu connais les mystères et nous n'avons ni force ni puissance si ce n'est en Dieu; le plus vrai des propos est celui du Livre de Dieu le Très Haut, la meilleure guidance est celle de notre Seigneur Mohamed (PS), la pire des choses réside dans les innovations (en matière religieuse), toute innovation est hérésie, toute hérésie est égarement et tout égarement mène à l'Enfer.

Monseigneur, Commandeur des croyants, Protecteur de la patrie et de la religion, Paix sur votre noble personne et sur votre honorable assistance.

Au cours de ce mois béni que Dieu a évoqué en ces termes:

«Le mois de Ramadan est celui pendant lequel fut révélé le Coran, en tant que guidance pour les hommes et que preuve ressortissant de la guidance et de la salvtation»

(la Génisse, II: 185),

1

Introduction : l'Homme chargé d'assurer la justice

9 - Conditions de cette pratique

10 - La majeure partie de cette pratique se fonde sur la coutume

11 - Conclusion : Objet de la pratique jurisprudentielle

Têtes de chapitre de la Conférence

1 - Introduction : l'Homme chargé d'assurer la justice

2 - La pratique jurisprudentielle, un modèle de notre patrimoine juridique - commentaire du hadith : «Celui qui n'agit pas en conformité avec ce que nous faisons, son acte devra être rejeté».

3 - Définition de la pratique jurisprudentielle

4 - Importance de défendre cette pratique et intérêt qui lui est porté par les ulémas

5 - Exemples pratiques
a) le témoignage collectif
b) les sanctions précuniaires

6 - La pratique des gens de Médine en tant que jurisprudence

7 - La pratique des juges à partir des travaux de leurs prédécesseurs si ces travaux ont fait effet de jurisprudence

8 - Le rejet par les ulémas de cette pratique

A partir des paroles du Prophète (P.S) :

«Celui qui n'agit pas en conformité avec ce que nous faisons, son acte devra être rejeté».

(Rapporté par l'Imam Muslim dans son corpus authentique (Sahih), Livre des «Jugements»)

Ma jara bihi -l- amal

ou le droit coutumier Un modèle typique de notre patrimoine juridique

Conférence religieuse

animée en présence de Amir-Al-Mouminine
S.M. le Roi Hassan II – Puisse Dieu le glorifier
par le Dr Abdelkébir Alaoui M'Daghri
Ministre des habous et des Affaires Islamiques.
le Vendredi 5 Ramadan 1416
correspondant au 26 Janvier 1996
dans l'anceinte du Palais Royal à Rabat.

Ma jara bihi -l- amal ou le droit coutumier Un modèle typique de notre patrimoine juridique

DR ABDELKÉBIR ALAOUI M'DAGHRI